

MATEOS MARTÍNEZ, JOSÉ: ¿CÓMO GARANTIZAR QUE EL JUEZ SEA DIGNO DE SU PODER? REFLEXIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL CON BASE EN EL SISTEMA POLÍTICO ESPAÑOL, *ARS BONI ET AEQUI* (AÑO 14 N° 2) PP. 135-164.

¿CÓMO GARANTIZAR QUE EL JUEZ SEA DIGNO DE SU PODER? REFLEXIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL CON BASE EN EL SISTEMA POLÍTICO ESPAÑOL

How to guarantee that the judge is worthy of his position? Reflections on the independence of the Judicial Power with base in the politic spanish system.

JOSÉ MATEOS MARTÍNEZ*

UNIVERSIDAD DE MURCIA

MURCIA, ESPAÑA

* Doctor europeo en Derecho Constitucional por la Universidad de Bolonia, Abogado en ejercicio y Profesor Asociado del Departamento de Fundamentos del Orden Jurídico y Constitucional de la Universidad de Murcia (España). Correo electrónico: jmm21@um.es.

Artículo recibido el 27 de marzo de 2018 y aceptado para publicación el 13 de julio de 2018

RESUMEN: El presente artículo busca reflexionar sobre la inmensa relevancia que la independencia judicial posee para el pleno respeto de los derechos de la ciudadanía y el correcto funcionamiento del Estado. Partiendo de ello, examinaremos los principales obstáculos para lograr dicha independencia centrándonos en el sistema político español. Y, a continuación, nos detendremos en las propuestas que, desde la doctrina y diversos ordenamientos jurídicos, se han dado para solventar esta situación y garantizar que el juez se encuentre al servicio exclusivo del Derecho.

PALABRAS CLAVE: independencia judicial, garantías, separación de poderes, Constitución

ABSTRACT: This article seeks to think about the immense relevancy that the judicial independence possesses for the full respect of the rights of the citizenship and the correct functioning of the State. Departing from it, we will examine the principal obstacles to achieve the above mentioned independence centring on the political Spanish system. And, later, we will detain in the offers that, from the doctrine and diverse legal systems, have been given to settle this situation and to guarantee that the judge is to the exclusive service of the Law.

KEYWORDS: Judicial independence, guarantees, separation of powers, Constitution.

I. DEMOCRACIA Y SEPARACIÓN DE PODERES

El ideal de la separación de poderes es tan antiguo como el constitucionalismo en sí, y absolutamente inherente a él. Ya el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789 plasmó la incuestionable verdad de que “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”.

Separación de poderes y reconocimiento de los derechos del ciudadano son dos conquistas al servicio de un mismo fin, pues la limitación del poder de las autoridades revierte en la defensa y la promoción de estos derechos. Puesto que el constitucionalismo nace para vencer el poder absoluto de los monarcas, resulta elemental que toda Constitución separe las funciones de creación, interpretación y aplicación de las leyes, asignándolas a instituciones distintas, pues la concentración de todas ellas en unas mismas manos derivaría, necesariamente, en un poder absoluto, incontrolable y, en consecuencia, nefasto para el interés general.

La función de interpretar las leyes, asignada al Poder Judicial, posee un peso incuestionable en todo Estado, y ello más si cabe en los modernos ordenamientos jurídicos, donde existen multiplicidad de principios, conceptos jurídicos indeterminados y preceptos de redacción genérica que, dependiendo del intérprete, pueden dar lugar a soluciones muy distintas.

En tal sentido, señala Zagrebelsky¹ que *la ley, entendida en su interpretación jurisprudencial (y no, por tanto, como “la ley en los libros”), es una dimensión del Derecho que hoy se impone a cualquier consideración, en cuanto el Derecho mismo es cada vez con mayor frecuencia producto de compromisos multilaterales entre posiciones políticas, ideológicas, sociales, a veces intencionadamente poco precisos, en los que el equilibrio efectivo entre los diversos aspectos del compromiso queda con frecuencia a la decisión del juez. Y es siempre con mayor frecuencia el juez, en lugar del legislador, quien regula los conflictos sociales.*

1 ZAGREBELSKY (2008a) p. 335.

Igualmente, Nieto García resalta que *nadie puede poner en duda el hecho de que existen sentencias contradictorias respecto de asuntos absolutamente idénticos*.²

Y Alexy también reconoce, refiriéndose a la actuación judicial a la hora de interpretar el Derecho, que *el procedimiento de ponderación es racional, pero no es un procedimiento que conduzca en cada caso a exactamente una única solución*.³

Por lo tanto, la discrecionalidad judicial es un hecho del pasado, del presente y con toda probabilidad también del futuro, pues resulta consustancial a la aplicación de un Derecho que no puede llegar a un nivel de detalle tal como para prever en normas específicas todas las situaciones que puedan darse en la realidad.

En el mencionado contexto, es clave para el buen funcionamiento del Estado la búsqueda del interés general y el pleno respeto a los derechos de los ciudadanos, que quien interpreta la ley lo haga desde la más absoluta objetividad, buscando la solución más recta y acorde con el texto de la ley, una ley que deberá examinarse a la luz de los principios constitucionales, que son la piedra angular del ordenamiento jurídico.

Y es que la discrecionalidad judicial puede ser fácilmente aprovechada para torcer el Derecho, forzando interpretaciones irrazonables del mismo para, mediante una ingeniería jurídica artificiosa, crear sentencias favorables al poder político que serían rechazadas por cualquier jurista imparcial, pero que cuentan con el aval de la legitimidad institucional del tribunal que las emite. Un aval que demasiadas veces se ha pretendido usar para que veamos lo blanco como negro.

Por ello, es precisa una absoluta independencia del Poder Judicial, y para lograrla resulta clave que el sistema de nombramiento de sus integrantes impida que los jueces más proclives al Gobierno de turno puedan acabar ocupando las más altas magistraturas precisamente por tal afinidad.

2 NIETO GARCÍA (2000) p. 52.

3 ALEXY (2001) p. 525.

En tal sentido, y de un modo singularmente claro y completo, Fernández Riveira dice que el juez *debe ser independiente: en el ejercicio de sus funciones, independiente del método y órgano implicado en su selección, de las decisiones que articulan su cambio de destino, de su proceso personal de promoción, de los mecanismos que le sancionan disciplinariamente y de los poderes políticos que deciden las políticas en materia de justicia.*⁴

Del mismo modo, se vuelve esencial asegurar la independencia de los jueces una vez nombrados, a fin de evitarles las tentaciones derivadas de los altos cargos que, de forma más o menos sutil, pudiera ofrecerles el poder político para lograr su favor, prometiéndoles que, al finalizar su nombramiento, podrían encadenarlo con otro mucho más succulento.

El objetivo, como señala Lucas Murillo de la Cueva, es colocar al juez *en tal posición que no deba preocuparse por la manera en que juzga y hace ejecutar lo juzgado siempre que observe al ejercer esa función la contrapartida imprescindible de la independencia que se le quiere asegurar: la sumisión estricta a la Constitución y a la Ley de la que es, por otra parte, responsable.*⁵

En suma, tal como enunció Díez Picazo hace ya décadas, se vuelve esencial garantizar la independencia judicial en sus tres vertientes: la personal (protección del juez frente a presiones del poder político); la colectiva (protección de la judicatura como colectivo integrado en el Poder Judicial frente al resto de poderes del Estado) y la interna (protección del juez individual frente a eventuales presiones provenientes de la propia judicatura o de sus órganos de gobierno).⁶

4 FERNÁNDEZ RIVEIRA (2016) p. 402.

5 Magistrado Pablo Lucas Murillo De La Cueva contestando encuesta sobre la independencia del Poder Judicial, en la que le preguntan ¿qué correlación considera usted que debe establecerse entre la independencia del poder judicial y la calidad de un Estado de Derecho de nuestro tiempo? ¿En España hoy le parece óptimo el nivel de independencia respecto del poder político? (encuesta en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 38 (2016): pp. 15-58. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/18621/15602>, fecha de consulta: 12 agosto 2107 [respuestas del juez en pp. 23-28]).

6 DÍEZ PICAZO (1992) p. 20.

II. EL CASO ESPAÑOL

1. Situación general

La ausencia de independencia judicial en España representa un serio problema que ha sido constatado por el Consejo de Europa. En su informe emitido en junio de 2017,⁷ el Consejo afirma que España es el país menos comprometido en la lucha contra la politización judicial de los 21 Estados evaluados.

España ha ignorado tres de cada cuatro recomendaciones del Grupo de Países del Consejo de Europa contra la Corrupción (GRECO) para prevenir este tipo de prácticas en el ámbito judicial. Y ello a pesar de que, año tras año, el GRECO lleva repitiendo sin éxito las mismas recomendaciones al Estado español.

Lamentablemente, España no ha tomado medida alguna para corregir esta situación, lo que ha llevado a que el GRECO reitere en 2018⁸ su denuncia sobre la inaceptable situación de la independencia judicial en el país. De entre las recomendaciones planteadas por el GRECO, destacan dos:

- Que se analice el marco legislativo del Consejo General del Poder Judicial (en adelante también CGPJ), institución a la que me referiré de forma detallada más adelante.
- Que se legislen criterios objetivos y reglas de evaluación para los nombramientos en las altas funciones de la judicatura (como el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia).

Y es que, en España, la politización de la Justicia afecta con singular intensidad a los más altos tribunales, lo cual maximiza su impacto negativo. Vere-

7 El informe tuvo un notable impacto en la prensa española. Cito, a título ilustrativo, la noticia que el diario El País dio al respecto: https://politica.elpais.com/politica/2017/06/07/actualidad/1496827709_980747.html.

8 “Informe del GRECO sobre la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales en España, año 2018” puede consultarse en: <https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680779c4d>.

mos, a continuación, la forma en que se eligen los magistrados del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional españoles, siendo estas modalidades de nombramiento, la principal causa de su ausencia de independencia.

2. La elección de los integrantes del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional (en adelante TC) ejerce como supremo intérprete de la Constitución Española (en adelante CE) teniendo como misión el control de constitucionalidad de toda norma jurídica, acto administrativo o resolución de la jurisdicción ordinaria que se le eleve, y contando con la potestad de anularlos cuando entienda que chocan con la Carta Magna. También conocerá de los conflictos de competencias entre órganos e instituciones del Estado.

En tal sentido, el artículo 161 de la CE establece que *El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:*

- a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.*
- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.*
- c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.*
- d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.*

Pues bien, entrando en la estructura del TC, el artículo 159.1 de la CE dispone que *El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.*

Sigue diciendo el mencionado precepto en su apartado 2 *que los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.*

Como se observa, es el poder político el que designa a 10 de los 12 miembros del Tribunal Constitucional. Dos son nombrados por el Gobierno y ocho por el Parlamento. La imposición de una mayoría reforzada para la elección de los magistrados que designa el Parlamento, sólo ha servido para que los dos grandes partidos (PP y PSOE), pacten los nombres de estos magistrados, en proporción al número de escaños que tiene cada uno.

Para colmo, los dos magistrados restantes son nombrados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, órgano cuyos integrantes también son nombrados por el poder político (lo veremos más adelante), por lo que podemos decir que todos los integrantes del TC son designados, directa o indirectamente, por el poder político español.

De otra parte, los miembros del TC son designados por periodos de 9 años, y el Tribunal se renueva por terceras partes (4 miembros en cada renovación) cada 3 años. En cuanto a la posibilidad de encadenar nombramientos, el artículo 16.3 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC) dispone que *ningún Magistrado podrá ser propuesto al Rey para otro período inmediato, salvo que hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años.*

Ahora bien, esto permite que, tras el transcurso de 3 años desde su cese, un magistrado pueda volver a ser propuesto para retornar al TC. Del mismo modo, ha sido común que magistrados del TC lo hayan sido también, a lo largo de su carrera, del Tribunal Supremo, o hayan ocupado otros altos cargos para cuyo nombramiento era clave la voluntad del poder político, tales como el de Fiscal General del Estado.

Lo anterior genera serias dudas sobre la independencia de los magistrados del TC, las que aumentan cuando se observa que, de forma sistemática, los magistrados nombrados a propuesta del PSOE, suelen votar en bloque, coincidiendo con las tesis del partido, en relación con cual-

quier materia de relevancia pública cuya constitucionalidad se discute, y los nombrados a propuesta del PP, también suelen hacer lo mismo.⁹

3. *La elección de los miembros del Tribunal Supremo*

El Tribunal Supremo (en adelante TS) se encuentra en la cúspide de la jurisdicción ordinaria en el sistema judicial español (dejando aparte la jurisdicción constitucional, que corresponde al TC). Por tanto, es el más alto tribunal ordinario, gozando de la potestad para revocar las sentencias de los órganos jurisdiccionales inferiores cuando sean recurridas ante él.

Los magistrados del TS son nombrados por el Consejo General del Poder Judicial, que es el órgano de gobierno del Poder Judicial en España y asume las competencias en materia de provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de jueces y magistrados.

El CGPJ goza de una amplísima libertad para decidir qué magistrados nombra, pues, como ha reprochado reiteradamente el Consejo de Europa a España, no existe un baremo riguroso y objetivo para que los magistrados más capaces y formados entren en el TS.

A pesar de ello, el Gobierno español sigue empeñado en no elaborar ese baremo y, con ello, permitir que el CGPJ nombre a los magistrados del TS que más le convengan, aunque existan otros sumamente más idóneos, desde la perspectiva del mérito y capacidad.¹⁰

9 Un ejemplo de ello, entre otros muchos, podemos encontrarlo en el voto unánime de los magistrados conservadores, nombrados a propuesta del PP, a favor de suspender la aplicación de la Ley de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, ley contra la que el PP votó previamente en el Parlamento por considerarla inconstitucional (noticia en: <http://www.lacelosisia.com/el-voto-en-bloque-de-los-magistrados-conservadores-del-tc-impide-que-sea-efectiva-una-ley-de-vivienda-que-frena-la-exclusion-social/>, fecha de consulta 30 octubre 2017).

10 En tal sentido, el informe GRECO ya citado exige a España *que se estipulen por ley los criterios objetivos y los requisitos de evaluación para el nombramiento de altos cargos en la judicatura, por ejemplo, jueces presidentes de las Audiencias Provinciales, de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo, con el fin de garantizar que estos nombramientos no pongan en tela de juicio la independencia, imparcialidad y transparencia de este proceso*. Y es que la amplia discrecionalidad del CGPJ para elegir a los miembros del TS sin tener en cuenta sus méritos objetivos, se extiende a otras altas magistraturas cuya influencia es sumamente relevante.

¿Quién elige a los integrantes del CGPJ que, a su vez, elegirán a los integrantes del TS? La respuesta es muy predecible, y la expondremos a continuación.

El artículo 122.3 de la CE establece que el CGPJ estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por 20 miembros que nombra el Rey por un período de 5 años. De este modo, el Presidente del CGPJ lo es, a la vez, del TS.

La Constitución dispone que 8 de esos 20 miembros serán juristas propuestos por las Cortes Generales (4 por el Congreso y 4 por el Senado, precisándose una mayoría de 3/5 en cada Cámara para su nombramiento). Los únicos requisitos que precisan para ser nombrados, aparte de obtener el apoyo de 3/5 ya citado, son:

- 1) Ser *juristas de reconocida competencia* (concepto ciertamente genérico).
- 2) Tener más de 15 años de ejercicio de su profesión.

En este primer bloque de 8 miembros no hay jueces ni magistrados, correspondiendo a juristas que no integran la carrera judicial.

Como decimos, la “reconocida competencia” de estos 8 miembros será valorada por las cámaras parlamentarias, no existiendo garantía alguna de que efectivamente la tengan, pues basta con que obtengan la mayoría de 3/5 para que se presuma que gozan de tal requisito.

Ahora bien, respecto al sistema de elección de los 12 miembros restantes del CGPJ, la Constitución no establece un método concreto, limitándose a indicar que deberán ser jueces y magistrados de todas las categorías judiciales (por tanto, este segundo bloque de 12 está compuesto exclusivamente por miembros de la carrera judicial). La CE remite a la ley orgánica pertinente para que ésta determine cuál será ese sistema de elección.

En consecuencia, hay dos bloques de miembros del CGPJ: uno de 8 que deberán ser juristas de reconocido prestigio (requisito claramente abstracto que no garantiza su mérito y capacidad) nombrados por Congreso de los Diputados y Senado, y otro de 12 que habrán de ser jueces o magistrados, y sobre cuyo sistema de nombramiento nada dice la CE.

La ley orgánica reguladora del sistema de nombramiento del grupo de 12 miembros con categoría de jueces y magistrados fue en un primer momento la 1/1980, del Consejo General del Poder Judicial, donde se establecía que los propios jueces y magistrados elegirían a esos 12 miembros del CGPJ.

Sin embargo, en 1985 el sistema de elección de los 12 miembros integrantes de la carrera judicial pasó a estar regulado en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), donde se dispuso que serían propuestos por el Congreso de los Diputados y el Senado, a razón de 6 por cámara, estableciendo como único requisito que fuesen jueces y magistrados en servicio activo.

Posteriormente, y tras la reforma de la LOPJ operada mediante la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder Judicial, se establece un nuevo sistema de elección para los 12 miembros integrantes de la carrera judicial. Según el nuevo sistema, Congreso y Senado siguen eligiendo a 6 miembros cada uno, pero de entre una terna de 36 candidatos que se presentaría a cada cámara (36 para el Congreso y 36 para el Senado).

Dicha terna se configuraría conforme a las propuestas de las asociaciones profesionales de jueces (que podrían proponer a un número determinado de candidatos según su peso) y también podrían integrarse, en ella, jueces no propuestos por las asociaciones, siempre que contasen con al menos un 2% de avales de los jueces y magistrados en ejercicio que no estén afiliados a dichas asociaciones profesionales.

Finalmente, se aprobó una última reforma de la LOPJ por Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, que amplía aún más si cabe la libertad del poder político para elegir a los 12 miembros que le convengan, por cuanto la nueva reforma elimina el límite de 36 candidatos de cada terna y flexibiliza los requisitos para que un juez o magistrado pueda presentarse como candidato (solamente el aval de 25 miembros de la carrera judicial en activo). Con ello, el número de candidatos se dispara y ello maximiza las posibilidades de que los más beneficiosos para los intereses del poder político puedan presentarse y ser elegidos por él, aun cuando su prestigio profesional sea más que discutible.

Por tanto, nos encontramos con que todos los integrantes del CGPJ serán elegidos por el Parlamento, y ello en un contexto donde la libertad del CGPJ para designar a los magistrados del TS y otros altos magistrados es sumamente elevada, debido a la ausencia de un baremo riguroso que fuerce el nombramiento de los más capaces y preparados.

Es por ello que, en su informe de 2018 ya citado, el GRECO “recomienda que al menos la mitad de los miembros” del CGPJ “sean jueces elegidos por sus compañeros de todos los niveles del poder judicial y respetando el pluralismo dentro del mismo”. El informe suscribe también la tesis del Consejo Consultivo de Jueces Europeos de que “las autoridades políticas tales como el Parlamento o el Poder Ejecutivo no se deberían implicar en ninguna fase del proceso de selección” del órgano de gobierno de los jueces.

Por desgracia, España sigue haciendo oídos sordos a las anteriores recomendaciones.

Y es que, como hemos visto, si se pretendiese que todos los integrantes del CGPJ fuesen nombrados por los propios jueces, sería precisa una reforma constitucional. Sin embargo, resultaría sumamente sencillo que 12 de sus 20 miembros, cuyo nombramiento la CE no reserva al poder político, volvieran a ser elegidos por los jueces como sucedió hasta 1985, siendo ello una importante garantía para su independencia.

III. ALTERNATIVAS PARA AVANZAR EN LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

1. Introducción

Puesto que la ausencia de independencia del Poder Judicial no es ni mucho menos un problema exclusivo de España, dedicaremos las siguientes líneas a examinar las mejores alternativas para lograrla, proyectándolas sobre la jurisdicción ordinaria y sobre la jurisdicción constitucional (cuyos integrantes, aún no formando parte del Poder Judicial en puridad, poseen una incomparable influencia al ser supremos intérpretes de la Constitución y, por ende, deben gozar de la máxima independencia).

2. A nivel de la jurisdicción constitucional

Afirma Zagrebelsky que si la Corte Constitucional fuera una prolongación del Parlamento, sus miembros *consumarían la máxima traición a la función a la que han sido llamados, transformando la institución confiada a su cuidado en una tercera Cámara donde continuaría, mediante personas interpuestas, el enfrentamiento entre las partes del conflicto político*.¹¹ Incide el autor en que *si no se puede asumir la Constitución como hábito mental y moral propio, es mejor no aceptar el cargo*.¹²

Debe asegurarse, por tanto, que los magistrados de la Corte Constitucional se mantengan al margen de cualquier interés espurio en el ejercicio de sus funciones, pero esto no es fácil. Su nombramiento político causa lógicos recelos, en la medida que cada partido puede optar por los juristas más proclives a dejarse manipular.

De igual forma, la inmensa importancia de los asuntos que el Tribunal estudia, vuelve a sus miembros blanco preferente de hipotéticas propuestas deshonestas en relación con su reelección (en los países donde ésta se da), o con su futuro profesional una vez que abandonen el tribunal.

Es por ello que, a la vez que se confía en la objetividad e imparcial sabiduría de los jueces constitucionales, deben instaurarse las medidas que amplíen al máximo las razones para esta confianza. La primera y más elemental garantía debe referirse a la ausencia de incompatibilidades en el momento de su elección.

Así, debe asegurarse que quienes acceden al cargo, aparte de poseer la capacidad y la experiencia necesarias para tan alta función, no se hallen atados a intereses que, sin necesidad de ulteriores proposiciones poco éticas, pudiesen desde un principio apartarles de la objetividad.

Así, las incompatibilidades de orden político existen en la práctica totalidad de cortes constitucionales del mundo. En Italia, en Alemania y en España, por ejemplo, el sistema de incompatibilidades prohíbe el ejercicio de funciones políticas, administrativas o judiciales. Las incompatibi-

¹¹ ZAGREBELSKY (2008b) p. 57.

¹² ZAGREBELSKY (2008b) p. 80.

lidades profesionales son, en conjunto, menos estrictas que las políticas, pero también se establecen en numerosos ordenamientos. En Italia, por ejemplo, son absolutas, pero en Francia son casi inexistentes, siendo compatible la función de miembro del Consejo Constitucional con el ejercicio de cualquier actividad pública o privada.¹³

Otra garantía planteada por la doctrina, e instaurada en diversos ordenamientos, es el carácter vitalicio del puesto de magistrado. Defiende Zagrebelsky, refiriéndose a Italia, que *si el nombramiento fuese vitalicio -como sucede en otros países- o recayese en personas que al concluir el cargo sólo aspirasen a un merecido descanso, no existirían los problemas que nacen cuando se ambicionan posteriores triunfos profesionales*.¹⁴

Conforme a este criterio, el cargo de magistrado del Tribunal Supremo es vitalicio en EEUU, y dentro de Europa, en Austria y Bélgica el mandato de los miembros del Tribunal Constitucional es también vitalicio con el límite, eso sí, de los setenta años.¹⁵

Siguiendo esta misma filosofía, pero sin llevarla a su manifestación más extrema, otros países establecen amplios períodos de mandato para los jueces constitucionales. De esta forma, el mandato de los magistrados en Alemania y Rusia es de 12 años, en Bielorrusia de 11 años y en República Checa y Letonia de 10 años. El periodo de mandato más común es el de 9 años (Albania, Bulgaria, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Lituania, Macedonia, Polonia, Rumania, Ucrania y Yugoslavia).¹⁶

También cobra una enorme relevancia la garantía de que el juez (si su mandato no es vitalicio) no esté a la expectativa de posibles favores políticos que, fundamentalmente, serán una renovación de su mandato o un alto cargo de libre designación, como el de Fiscal General del Estado o, incluso, Ministro de Justicia.

La necesidad de que, como expresa gráficamente Zagrebelsky, el juez vuelva *al puesto de profesor o magistrado que se ocupaba antes de asumir el*

13 AGUDO (2007) pp. 18 y 19.

14 ZAGREBELSKY (2008b) p. 91.

15 NOGUEIRA ALCALÁ (2004) p. 76.

16 NOGUEIRA ALCALÁ (2004) p. 77.

cargo,¹⁷ es fundamental para su independencia. Por ello se han planteado las medidas de no renovación de mandato y prohibición por un determinado tiempo de que el juez asuma cargos de los antes señalados.

Estas estrategias han encontrado plasmación constitucional. Por ejemplo, en Venezuela el artículo 264 de la Constitución de 1999 establece que los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia son elegidos por un periodo único de doce años, lo que implica una prohibición de reelección. También existe una prohibición de reelección de los miembros del Tribunal Constitucional en Alemania e Italia.

De otro lado, en la práctica totalidad de Estados, los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos bien directamente por el legislativo, bien por el ejecutivo y después ratificados por el Parlamento o una de sus Cámaras. Por ello, otra medida de cierta utilidad es exigir amplias mayorías a los parlamentos que aprueban el nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional, pues cuanto mayor sea la necesidad de consenso, en principio, mayor será la probabilidad de elección de unos jueces en quienes los diputados confíen, no por su partidismo, sino por su innegable prestigio.

Así, en Perú los siete magistrados que integran el Tribunal Constitucional son elegidos y nombrados por el Congreso unicameral con el voto de los dos tercios del número legal de congresistas, todo ello de acuerdo con el artículo 201 de la Constitución y el artículo 7º de la Ley N° 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional.

Lamentablemente, esta medida suele degenerar en pactos entre fuerzas que, conscientes de su peso político, aceptan un porcentaje de magistrados proporcional al mismo a cambio de apoyar una lista en la que los del partido rival y mayoritario tienen un peso superior.

Otra alternativa para despolitizar la elección de los jueces constitucionales sería implicar en su elección a los diversos sectores de la sociedad. A tal efecto, y a modo de ejemplo, en Honduras existe una junta nominadora de magistrados de la Corte Suprema de justicia, presidida por un magistrado de la propia Corte e integrada por un representante del Colegio de

17 ZAGREBELSKY (2008a) p. 89.

Abogados, otro del Comisionado Nacional de Derechos Humanos, otro del Consejo Hondureño de la Empresa Privada, otro de las confederaciones de trabajadores, otro de las organizaciones de la sociedad civil y otro de los claustros de los profesores de las Facultades de Derecho de las universidades del país, formulándose un listado de 15 abogados de los cuales el Parlamento elige a los magistrados.¹⁸

Podría plantearse una última y, dada su contradicción con lo dispuesto en la práctica totalidad de regulaciones vigentes sobre la materia, revolucionaria medida: la elección de los miembros de la Corte Constitucional por sorteo. Para defender esta medida, partimos de la premisa de que, en la actualidad, todos los ordenamientos incluyen la exigencia de méritos profesionales que avalen el prestigio de los candidatos a magistrado, independientemente de que dichos méritos existan o no en los candidatos finalmente elegidos.

Pues bien ¿podría aumentarse la rigidez de los requisitos (siendo todos ellos objetivamente constatables y nunca susceptibles de manipulación) para, sobre la base de una lista reducida de candidatos, procederse al sorteo de las plazas? En tal sentido, debemos resaltar que en Grecia la Corte Constitucional está compuesta por el presidente de los Tribunales Supremos y ocho magistrados designados por sorteo cada dos años, si bien los jueces del Tribunal Supremo son nombrados de por vida por el Presidente, después de consultar con el Consejo Judicial y el Tribunal Supremo Especial.

Entendemos que la idea del sorteo, de ser explorada, podría suponer un gran avance en la independencia de los miembros de los tribunales constitucionales, si bien siempre debería ir complementada, en los casos en que el nombramiento no fuese vitalicio, de la prohibición de disfrutar de cargos de designación política por parte de los magistrados durante un amplísimo período de tiempo.

18 GUTIÉRREZ (2006) p. 656.

3. A nivel de la jurisdicción ordinaria

En este ámbito, las medidas a adoptar se concentran en la regulación de los órganos de gobierno de los jueces (en el caso español, el CGPJ) y la forma de elección de los integrantes de las altas magistraturas.

Respecto a los órganos de gobierno de los jueces, resulta vital garantizar su independencia, por cuanto ejercen competencias tan sensibles como la instrucción de los expedientes disciplinarios contra los jueces y magistrados o la decisión sobre su traslado a otros destinos. Dichas competencias, mal empleadas, podrían ser usadas para la persecución de jueces molestos para el poder político (por instruir decididamente investigaciones anticorrupción o dictar sentencias contrarias a sus intereses).

En consecuencia, un cargo político (o un órgano nombrado por las autoridades políticas) no puede ejercer el gobierno de los jueces. Las únicas vías aceptables para designar a quienes ostenten tal potestad, son la elección por sus propios compañeros o por la ciudadanía en votación directa (pues así, en caso de sentirse vinculados a alguien, percibirán que deben su cargo a los ciudadanos y velarán por el interés general, en lugar de verse tentados a defender los intereses espurios de las diversas familias políticas).

Respecto al nombramiento de quienes ostenten las altas magistraturas, como es el caso del Tribunal Supremo, lo ideal es que sean designados directamente por el órgano de gobierno de los jueces, pero siempre que éste cumpla con las garantías mencionadas en los párrafos anteriores.

Del mismo modo, deberá elaborarse un baremo absolutamente recto, objetivo y riguroso, que será la herramienta empleada para nombrar a los altos magistrados, asegurando que el mérito y la capacidad sean los únicos criterios tenidos en cuenta para elegirlos.

Finalmente, determinadas garantías que hemos señalado para los integrantes de la jurisdicción constitucional, serían de gran utilidad para asegurar la independencia de los magistrados del Tribunal Supremo. Nos referimos, fundamentalmente, a su nombramiento vitalicio o, en su caso, a la prohibición de que, una vez concluido su mandato, puedan ostentar cargos cuya designación corresponda al poder político. De esta forma,

se asegura que quienes han sido nombrados por un proceso recto, no acaben torciendo su proceder sobrevenidamente debido a las promesas que las autoridades políticas le hagan con posterioridad.

En este punto, considero de sumo interés examinar el informe GRECO del año 2013¹⁹ sobre la independencia judicial en España. Aún habiendo transcurrido un lustro desde su emisión, y pese a que el informe de 2018 es sin duda el más actual, en el informe de 2013 se plasmaron de una forma singularmente clara las soluciones idóneas para vencer la ausencia de independencia del Poder Judicial en España. Dichas soluciones son perfectamente extrapolables para los países que se encuentran en su misma situación.

Pues bien, el mencionado informe propone las siguientes medidas para asegurar la independencia del Poder Judicial, dividiéndolas entre medidas proyectadas sobre los jueces y magistrados, y medidas destinadas al Ministerio Fiscal:

A) MEDIDAS DIRIGIDAS A LOS JUECES Y MAGISTRADOS

- Que al menos la mitad de los miembros del CGPJ sean jueces elegidos por sus compañeros de todos los niveles del Poder judicial y respetando el pluralismo dentro del mismo. En consecuencia, deberá implementarse un sistema democrático en el que todos los jueces tengan derecho a votar y a ser elegidos.

El informe GRECO llama la atención de las autoridades respecto a la Opinión nº10 (2007) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) que explícitamente afirma que las autoridades políticas tales como el Parlamento o el Poder Ejecutivo no se deberían implicar en ninguna fase del proceso de selección.

Éste es uno de los principios fundamentales incluidos en la Carta Magna de los Jueces, proclamada el 17 de noviembre de 2010 en el “Palais de l’Europe”, sede del Consejo de Europa en Estrasburgo, durante la ceremonia de conmemoración del X Aniversario del Consejo Consultivo de Jueces

19 “Informe sobre la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales en España, año 2013”. Disponible en: <https://rm.coe.int/16806ca049>, fecha de consulta: 20 de agosto de 2017.

del Consejo de Europa, con ocasión de la celebración de su undécima reunión plenaria.²⁰

En este sentido, otros países europeos ya cumplen esta recomendación del GRECO. A modo de ejemplo, dos tercios de los miembros del Consiglio Superiore della Magistratura italiano (equivalente al CGPJ español) son nombrados por los propios jueces.²¹

- Es fundamental que todos los miembros del órgano de gobierno de los jueces lo sean con dedicación exclusiva. El informe GRECO destaca que, en España, solamente algunos miembros del CGPJ (5 de 20) lo son a tiempo completo, dedicándose los otros 15 simultáneamente a sus trabajos privados.

Obviamente, ello supone un tremendo peligro para su independencia, por cuanto pueden ser tentados con ofertas beneficiosas para su actividad profesional privada a cambio de que beneficien a los intereses del poder político en su ejercicio como vocales. El informe resalta lo inaceptable de esta situación, máxime en un contexto de elevada corrupción política como el que afecta a España, donde numerosos altos cargos del partido del Gobierno (incluido su tesorero) están imputados por actividades ilícitas.

En tal sentido, el informe destaca que *cuando las estructuras rectoras del Poder Judicial no se consideran imparciales e independientes, se produce un impacto inmediato y negativo sobre la prevención de la corrupción y sobre la confianza pública en la justicia y eficacia del ordenamiento jurídico del país.*

- Resulta igualmente preciso dotar al órgano de gobierno de los jueces de amplias competencias en la elaboración y ejecución del Presupuesto del

20 Concretamente, la Carta Magna establece en su punto 13 que: “Para garantizar la independencia de los jueces, cada Estado debe crear un Consejo de la Justicia u otro órgano específico, que sea independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, provisto de las más amplias competencias para decidir sobre todas las cuestiones que afecten al estatuto de los jueces, así como a la organización, al funcionamiento y a la imagen de las instituciones judiciales. El Consejo debe estar compuesto, bien en exclusiva por jueces, o, en su caso, por una mayoría sustancial de jueces elegidos por ellos mismos. El Consejo de la Justicia tiene que rendir cuentas de sus actividades y de sus decisiones”.

21 Para un análisis más detallado del órgano de Gobierno de los jueces en Italia, *vid.* RON y LOUSADA (2017) pp. 303 y ss.

Poder Judicial. Y es que *las responsabilidades del Ministerio de Justicia sobre el presupuesto y el proceso presupuestario, así como su papel para asignar fondos entre los tribunales y las necesidades judiciales durante el año presupuestario, son percibidos por muchos integrantes de la profesión como una amenaza contra la independencia del Poder Judicial.*

En efecto, concentrar en el poder político las potestades de elaboración y ejecución del Presupuesto del Poder Judicial, puede llevar a que éste recorte la asignación de los juzgados y tribunales cuya existencia le resulta molesta, así como que bloquee la creación de nuevos juzgados destinados a investigar la corrupción.

Esta situación de saturación de los juzgados de instrucción ha sido reiteradamente denunciada en España, y no falta quien la achaca a la maliciosa intención del Gobierno de dejarlos sin recursos para evitar que puedan actuar con la diligencia necesaria en la persecución de la corrupción.

La recomendación del GRECO es más que razonable, y en su defensa debemos alegar que la generalidad de parlamentos cuentan con autonomía presupuestaria, precisamente para evitar que el poder ejecutivo pueda condicionar su recto funcionamiento mediante el chantaje de la asfixia presupuestaria.

Dicha recomendación también está incluida en la Opinión nº 10 (2007) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) que *subraya que un sistema en el que el Consejo del Poder Judicial tenga amplias competencias financieras requiere la seria consideración de aquellos países donde actualmente no se dé el caso; estipula además que los tribunales sólo serán debidamente independientes si tienen un presupuesto separado y administrado por un órgano independiente de los poderes ejecutivo y legislativo.*

- Por otra parte, el informe resalta que es preciso *que se estipulen por ley los criterios objetivos y los requisitos de evaluación para el nombramiento de altos cargos en la judicatura, por ejemplo, jueces presidentes de las Audiencias Provinciales, de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo, con el fin de garantizar que estos nombramientos no pongan en tela de juicio la independencia, imparcialidad y transparencia de este proceso.*

Esta recomendación, realizada ya en 2013, ha sido reiterada hasta 2018 sin que el poder político haga nada por corregir la elevadísima discrecionalidad con que cuentan los miembros del CGPJ a la hora de elegir a los altos magistrados. Obviamente, ello supone una evidente amenaza contra la independencia judicial, por lo que se vuelve imprescindible elaborar, mediante ley, un baremo que consagre los principios de mérito y capacidad como los únicos criterios a la hora de ocupar una alta magistratura.

- Resulta esencial que los jueces no puedan ser reubicados, ni siquiera por promoción, sin su libre consentimiento. Solamente en el caso de sanción disciplinaria, que deberá ser precedida del pertinente expediente con todas las garantías, un juez puede ser trasladado sin su consentimiento.

- Siendo el principal objetivo de la independencia judicial que los jueces y magistrados dicten sus resoluciones con imparcialidad y rigor, éstos no pueden ser sometidos a una sobrecarga de trabajo que deteriore la calidad de sus resoluciones y eternice los procesos judiciales.

Fue por ello que, en febrero de 2013, más de 2.000 jueces hicieron huelga en España para protestar por sus condiciones laborales. Nuevamente, en 2018, se ha reproducido una nueva huelga de jueces en el país, planteando idénticas reivindicaciones que en 2013 pero, además, exigiendo la despolitización de la Justicia y la elección de 12 de los 20 miembros del CGPJ por los mismos jueces.

Nótese que, por primera vez, las asociaciones mayoritarias de jueces españoles (tanto la APM, conservadora, como JPD, progresista) han apoyado de forma unánime la huelga de 2018 y las reivindicaciones que la sustentaban. Ello evidencia que, lejos de solucionarse, los problemas de la Justicia española (tanto presupuestarios como relativos a su falta de independencia) siguen enquistados.

Y es que el porcentaje de 10 jueces por 100.000 habitantes en España es uno de los más bajos de Europa. Ello provoca un profundo retraso en las resoluciones judiciales, y tiene una incidencia singularmente dañina en el enjuiciamiento de los casos de corrupción, cuya notable complejidad exige un trabajo especialmente intenso y prolongado.

En este sentido, es inevitable recordar con tristeza las palabras que Andrés Ibáñez dedicó al estado del sistema judicial español nada menos que en 1988, y cuya vigencia actual sigue siendo notable: *En el desorden actual es tan difícil la independencia, como la responsabilidad, como la justicia. La independencia porque será extraño que algún juez que mire con ojos críticos los medios con que cuenta y lo que hace, pueda dejar de verse con los pies tan de barro como para que le parezca un milagro tenerse sobre ellos. La responsabilidad porque en semejante estado de cosas también son más fáciles las coartadas, y porque la disciplina y el control necesitan cargarse de una razón para la exigencia que ahora les falta. La justicia porque si no tiene cabida o expresión en los medios, en los antecedentes instrumentales, difícilmente podrá aflorar, ni siquiera tendencialmente, en los fines*²².

- Continuando con las recomendaciones del GRECO, éste propone que se imponga una declaración de los jueces y magistrados sobre sus intereses financieros ante los órganos de gobierno del Poder Judicial, y ello a fin de garantizar su independencia e imparcialidad con respecto a las partes en los diversos procesos que puedan enjuiciar, y donde pudieran quedar comprometidos tales intereses.

Y es que la recusación de un magistrado con intereses personales en un determinado pleito, no puede llevarse a cabo si el litigante carece de la información precisa. Y datos tan sensibles como que el juez sea accionista de una compañía a la que se ha demandado, no pueden ser conocidos por el ciudadano medio si no existe un registro público que contenga tal información.

Es más, existen Estados como el argentino donde los integrantes del Poder Judicial deben hacer declaraciones juradas de bienes, a fin de evitar cualquier posible incremento sospechoso de su patrimonio como consecuencia de su actividad. Consideramos tal medida plenamente idónea para prevenir la corrupción y falta de independencia judicial.

- Establecimiento de canales para que la ciudadanía pueda interponer quejas sobre el funcionamiento de los juzgados y tribunales, debiendo elaborarse un registro público donde consten el número de reclamaciones, la temática de las mismas y el resultado de los expedientes disciplinarios o informativos abiertos a raíz de aquellas.

22 ANDRÉS IBÁÑEZ (1988) p. 33.

La anterior medida es sumamente idónea para identificar y fomentar la prevención de la corrupción dentro del Poder Judicial, así como sensibilizar a la opinión pública sobre la existencia de vías para corregir cualquier abuso y aumentar la confianza ciudadana en su sistema judicial.

Como dice Aragón Reyes, los jueces y tribunales poseen una legitimidad de origen que nace de su posición constitucional y de la naturaleza democrática de las leyes que aplican. Pero esa legitimidad de origen *se refuerza considerablemente cuando va acompañada de la legitimidad de ejercicio que opera a través del control social de la actividad judicial. De ahí que el Tribunal Constitucional haya reconocido (STC 96/1987) que la publicidad del proceso “mantiene la confianza de la comunidad en los tribunales” y “ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de legitimidad constitucional de la administración de la justicia”*.²³

De este modo, la transparencia de la actividad judicial, de manera que los ciudadanos puedan tener un conocimiento accesible de la misma, tanto en lo relativo a sus resultados como a las reglas y garantías procesales que deben regir su funcionamiento, es otra poderosa garantía de la independencia judicial. Cuanto más perciba el juez que sus actos no se ciñen a un despacho o sala cerrados, sino que revierten en el buen o mal funcionamiento de la sociedad y que los ciudadanos que la integran son conscientes de sus actos, menor será su tentación de caer en la arbitrariedad.

- Igualmente, propone el GRECO que se establezca un régimen disciplinario lo suficientemente recto y riguroso como para que el juez jamás tema represalias por haber dictado una sentencia que perjudica al poder político pero, a la vez, no se sienta impune frente a los posibles actos arbitrarios en que pudiera incurrir durante el ejercicio de su función jurisdiccional.

A este respecto, Damián Moreno recuerda la alocución de Montero Ríos en el acto de apertura del año judicial de 15 de septiembre de 1870 en España. El célebre político y jurista advirtió a los jueces que allí se encontraban que *sois inamovibles, pero entendedlo muy bien; sois inamovibles en vuestro cargo porque sois responsables de vuestros actos*.²⁴

23 ARAGÓN REYES (1996) p. 261.

24 DAMIÁN MORENO (2015) p. 300.

De este modo, el juez deja de cumplir correctamente su papel cuando le rodean las tentaciones de dádivas a cambio de favores y cuando teme represalias por parte de los otros poderes, pero también cuando se cree omnipotente y por encima de la propia ley, al percibir que sus sentencias, por arbitrarias que sean, no tendrán para él otra consecuencia negativa que, en el peor de los casos, su revocación por un tribunal superior.

Este adecuado control disciplinario de los jueces requiere 1) vías accesibles para que los justiciables denuncien sus hipotéticos abusos; 2) un procedimiento sancionador garantista para el juez acusado, pero a la vez ágil e idóneo para que se dicte una resolución plenamente rigurosa en un tiempo razonable y 3) que el organismo encargado del control disciplinario de los jueces sea absolutamente independiente del poder político, a fin de que no pueda aprovechar la existencia de una denuncia para castigar injustamente a un juez incómodo.

B) MEDIDAS DIRIGIDAS AL MINISTERIO FISCAL

La relevancia del Ministerio Fiscal en la actividad judicial queda fuera de toda duda. Su papel de defensor de la legalidad y el interés general en los procedimientos judiciales, le lleva a poseer una considerable influencia, tanto en la instrucción de los delitos (en la que ejerce una función impulsora de extraordinario valor) como en su enjuiciamiento.

Algunos ordenamientos jurídicos reservan, incluso, la función de instrucción de los procedimientos penales al propio fiscal, en lugar de a un juez de instrucción. Y, en otros como el español, la retirada de la acusación del fiscal por un delito de corrupción puede implicar el inmediato archivo del procedimiento, aun cuando la acusación popular se oponga a ello (así lo dispuso la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2007, que consagró la llamada “Doctrina Botín”).

Por tanto, el papel del Ministerio Fiscal posee un incuestionable valor en la persecución del delito y la defensa de la legalidad. Sin embargo, su falta de independencia es flagrante en la mayoría de Estados. A modo de ejemplo, en España el Ministerio Fiscal es una institución radicalmente jerarquizada, con un Fiscal General del Estado legitimado para impartir cualquier instrucción a sus subordinados, siendo tales instrucciones vinculantes para ellos y acarreándoles responsabilidad disciplinaria su desobediencia.

Pues bien, el Fiscal General del Estado es elegido por el Presidente del Gobierno, siendo el único requisito para su nombramiento que sea un “jurista de reconocido prestigio con más de 15 años de práctica profesional activa”. Nuevamente, la expresión genérica “jurista de reconocido prestigio” permite a la autoridad política nombrar a la persona que más le convenga.

Por ello, el GRECO reclama a España en su informe de 2013 que exista “una implicación de expertos profesionales no políticos en el proceso de selección” del Fiscal General del Estado, ya que ejercerá como máxima autoridad de toda la carrera fiscal.

En este sentido, existen vías para asegurar un nombramiento independiente del Fiscal General del Estado, y que van desde su elección democrática por todos los fiscales en activo, a la creación de un órgano de elección compuesto por los fiscales con una carrera profesional más notable.

Debemos resaltar que las tres asociaciones de fiscales existentes en España han reclamado reiteradamente al Gobierno que sea el Consejo Fiscal el organismo encargado de elegir al Fiscal General del Estado. Dicho organismo está compuesto por dos tipos de miembros: miembros ex-oficio (Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal Inspector Jefe); y miembros electivos (nueve fiscales pertenecientes a cualquier categoría de la profesión fiscal, elegidos por un periodo de cuatro años por los fiscales en servicio activo).

Lo que resulta inaceptable en cualquier caso, es que el Fiscal General del Estado resulte elegido por el líder de un partido político en cuyos casos de corrupción deberá ser acusador, bien directamente o bien a través de un fiscal inferior a quien dará instrucciones sobre su papel en el proceso.

Además, el Fiscal General del Estado goza en la mayoría de ordenamientos (y también en el español) de plena libertad para promocionar a los más altos cargos de la fiscalía (como fiscal jefe o fiscal de un tribunal superior) a aquellos miembros de la carrera fiscal que él decida, lo cual incide en que su politización acabe contaminando a toda la carrera fiscal.

Nótese igualmente que, en España, el Fiscal General del Estado podrá ser nombrado magistrado del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional

(entre otros altos cargos) una vez finalizado su mandato de 4 años, y de hecho uno de los últimos Fiscales Generales del Estado españoles ocupó ambos puestos de magistrado (del Supremo y del Constitucional) una vez finalizado su mandato. Por tanto, su tentación de ser fiel al Presidente del Gobierno que le nombró es mayor si cabe.

Ello evidencia que la falta de independencia del Poder Judicial genera un vicio que se extiende e interconecta a todos los niveles del mismo, desde los altos tribunales al Ministerio Fiscal.

Aparte de lo anterior, el GRECO también aconseja que el Ministerio Fiscal goce de libertad para administrar su presupuesto y decidir en qué ámbitos lo invierte, sin que el Ministerio de Justicia pueda condicionarle en tal sentido, pues tal condicionamiento puede derivar en la obstrucción de las legítimas actuaciones de la Fiscalía.

CONCLUSIÓN

La Historia nos ha enseñado que, en palabras de Alexy, existen ciertas *precondiciones lógicas de la democracia* sin las cuales ésta no puede existir. Dentro de esa *esfera de lo indecible*²⁵, se encuentra la separación de poderes junto con los Derechos Humanos.

En efecto, la ideología más hermosa y las intenciones más puras, pueden terminar convirtiendo en la cárcel más siniestra a cualquier país, si sus autoridades olvidan determinadas premisas que, desde los albores del constitucionalismo, han sido incesantemente repetidas por los teóricos más ilustres.

La ya conocida máxima de Lord Acton según la cual *el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente*, debe llevarnos a defender la separación de poderes como garantía de que cualquier exceso de la autoridad política será corregido por un Poder Judicial independiente y exclusivamente comprometido con el Derecho.

25 FERRAJOLI (2008) p. 339. Dice Ferrajoli (2003) p.229 que tales condiciones no son sino la “garantía de la democracia política misma” pues sin ellas es inevitable la tragedia de que: “con métodos democráticos se supriman los mismos métodos democráticos”.

En tal sentido, dentro de esa *esfera de lo indecible* sin la cual una democracia no puede existir, se encuentra el axioma de que la *Razón de Estado* en cuyo nombre se han cometido tantas atrocidades, no puede estar por encima de la Constitución, ni de los derechos que ésta consagra y la voluntad general que representa.

Así, si un ciudadano tiene derecho a conservar su casa en mitad de un páramo donde el Estado desea abrir un pozo petrolífero, y la ley le ampara para ello, nadie puede privarle de su vivienda aun cuando ello suponga pérdidas millonarias para la Administración. Su derecho individual, en la medida que nace de su dignidad y está amparado por la ley, tiene más peso que cualquier interés económico o estratégico.

La Historia también nos ha enseñado la facilidad con la que el poder político sacrifica los derechos individuales de los ciudadanos en aras de intereses bastardos. Igualmente, el texto de la ley es importante, pero no menos que la intención de quien deberá aplicarla, pues la malicia del intérprete puede torcer la norma más recta.

Es precisamente por ello que, de forma generalizada, las autoridades políticas tienden a intentar controlar el Poder Judicial en general y sus altas magistraturas en particular, elaborando normas que les permitan designar a los magistrados más afines y condicionar el proceder de las autoridades judiciales.

A lo largo de estas líneas hemos examinado las técnicas que, a nuestro juicio, resultan más idóneas para asegurar la independencia de los jueces y magistrados, evitando una concentración de poder cuyos resultados son fatales para el interés general. Su implementación en la realidad será, como tantas luchas, larga y costosa, precisando del compromiso de jueces, letrados, fiscales y, sobre todo, ciudadanos, para convertirse en una realidad que nos acerque un poco más al tan ansiado progreso social. Como tantas veces, resulta más sencillo idear que convertir en realidad lo imaginado. Pero no por ello es imposible.

El denominador común de todas las medidas propuestas es el deseo de colocar al juez en la posición de un servidor público cuya misión es aplicar el texto de la ley bajo la inspiración de los principios constitucionales. Recordando siempre que debe su legitimidad a la voluntad democrática

de los ciudadanos, y que su obligación es aplicar conforme a las reglas de la lógica esa voluntad general plasmada en la ley a cada caso particular que se le plantee.

El juez debe sentirse protegido frente a intentos de soborno, amenazas o represalias. Pero a la vez debe saberse totalmente vulnerable frente a cualquier abuso cometido en el ejercicio de sus funciones. Blindar al juez frente al miedo al castigo por ejercer rectamente su trabajo y a las tentaciones requiere, primeramente, que el mérito y la capacidad sean los únicos criterios válidos a la hora de ocupar un cargo judicial (máxime en el caso de las altas magistraturas). Y, en segundo lugar, es preciso eliminar cualquier vía mediante la que el poder político pueda tentar al juez con hipotéticos nombramientos ulteriores si hace lo que esperan de él.

Es por todo ello que la figura de un órgano de gobierno de los jueces independiente del poder político se vuelve capital para lograr una auténtica independencia judicial, del mismo modo que medidas como el nombramiento vitalicio de los altos magistrados, o la prohibición de que éstos gocen de nombramientos políticos una vez finalizado su mandato, son herramientas claves para lograr una utopía que no por lejana deja de ser realizable.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDO, Miguel (2007): “El modelo institucional europeo de Justicia Constitucional”, en PÉREZ TREMP, Pablo (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional, Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (Valencia, Tirant Lo Blanch) pp. 219-242.

ALEX, Robert (2001): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1988): “En materia de independencia judicial”, *Jueces Para la Democracia*, nº4 pp.31-33 Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2530088.pdf>, fecha de consulta: 15 noviembre 2017.

ARAGÓN REYES, Manuel (1996): "Independencia judicial y libertad de expresión", *Derecho Privado y Constitución*, n°10, pp. 259-267. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MTAwMzI1OS5wZGYmZmlsZT1EUENfMDEwXzI1OS5wZGYmdGFibGEgQXJoaWN1bG8mY29udGVudD1hcHBsaWNhdGlvbG9wZGY=>, fecha de consulta: 8 agosto 2017.

DAMIÁN MORENO, Juan (2015): "¿Qué Justicia queremos? Esencia y existencia del Poder Judicial", *Teoría y realidad constitucional*, n° 36, pp. 283-310. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/download/16084/13908>, fecha de consulta: 12 mayo 2017.

DÍEZ PICAZO, Luis (1992): "Notas de Derecho comparado sobre la independencia judicial", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n°34, pp. 19-39. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MTAwMzI1OS5wZGYmZmlsZT1EUENfMDEwXzI1OS5wZGYmdGFibGEgQXJoaWN1bG8mY29udGVudD1hcHBsaWNhdGlvbG9wZGY=>, fecha de consulta: 15 junio 2017.

FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa (2016): "Nuevos enfoques de la independencia judicial. Dos puntas de iceberg en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial: La Comisión Permanente del CGPJ y el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo", *Teoría y realidad constitucional*, n° 38, pp. 375-408. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/download/18598/15580>, fecha de consulta 24 septiembre 2017.

FERRAJOLI, Luigi (2008): "La esfera de lo indecible y la división de poderes", *Estudios Constitucionales*, vol. 6 n° 1, pp. 337-343. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060116>, fecha de consulta 16 octubre 2017.

———, (2003): "Sobre la definición de 'democracia'. Una discusión con Michel Angelo Bovero", *Isonomía*, n° 19, pp. 227-240. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sobre-la-definicion-de-democracia-una-discusin-con-michelangelo-bovero-o/>, fecha de consulta: 25 julio 2017.

GUTIÉRREZ, Carmen (2006): "Sistemas de elección y remoción de los magistrados de las salas y tribunales constitucionales en Centroamérica, evaluación crítica", *Estudios Constitucionales*, vol. 4 nº 2, pp. 631-659.

NIETO GARCÍA, Alejandro (2000): *El arbitrio judicial* (Editorial Ariel, Barcelona).

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004): "La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el Derecho Constitucional comparado", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 1, pp. 61-91.

RON, Ricardo y LOUSADA, José (2017): "Los Consejos de la Magistratura y otros modelos de gobierno judicial", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 21, pp. 300-313. Disponible en: <http://revistas.udc.es/index.php/afd/article/view/afdudc.2017.21.0.3293/pdf>, fecha de consulta: 2 julio 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2008a): *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política* (Madrid, Trotta).

———, (2008b): "Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia", *Estudios Constitucionales*, vol 6 nº 1, pp. 325-335. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82060115.pdf>, fecha de consulta 25 septiembre 2017.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley Orgánica nº 2/1979 del Tribunal Constitucional (LOTIC), del 3 de octubre de 1979.

Ley Orgánica nº 6/1985 del Poder Judicial, de 1 de julio.

Ley Orgánica nº 4/2013, del 28 de junio de 2013, reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ley nº 26.435, Orgánica del Tribunal Constitucional, del 10 de enero de 1995.